

LA PARCIALIDAD POSITIVA DEL JUEZ: FUNDAMENTO ÉTICO MATERIAL DEL CÓDIGO MODELO IBEROAMERICANO

The positive partiality of the judge: substantive ethical foundation of the Ibero-American model code

Artur César de Souza*

RESUMEN: El principio de la parcialidad positiva del juez establece que el magistrado, en la solución del caso real, reconoce diferencias sociales, económicas, culturales de las partes que hacen la relaciones jurídicas, y que deben actuar de acuerdo a estas diferencias. En los casos en los tribunales, a fin de dar efectivo eficiencia a los principios de los derechos humanos, se debe tener en cuenta la razón de ser del otro con el fin de lograr un proceso justo y equitativo. Las decisiones sobre la situación personal de la parte, por ejemplo, factores pro miserables, las enfermedades, la clase social y raza, son efectivamente llevado a cabo por el principio de parcialidad positiva del juez. Son ejemplos paradigmáticos de la humanización y la solidaridad hecha en la relación procesal, y sugieren un nuevo formación filosófica del juez, a través de un "parcialidad positiva"

ABSTRACT: *The judge's positive partiality principle prescribes that magistrates, upon solving a concrete case, recognizes the social, economic, cultural, etc. differences of the parties involved in a legal proceeding relationship, and act according to these differences. In a sense, the legal decisions discussed here, took into consideration the rationality of the Other, as a way to carry out a due process. For instance, decisions in which the personal condition of the party prevails, the pro misero, sickness, social and race factors, are effectively supported by the judge's positive partiality principle. They are paradigmatic examples of humanization and solidarity introduced in the process relationship that suggest a new philosophical education for the magistrate, which, through "positive partiality", takes into account the individual and personal factors of the party to conclude legal judgment.*

PALABRAS CLAVE: Juez, parcialidad positiva, humanización, nacionalidad, racionalidad del otro.

KEY WORDS: *Judge, positive partiality, Process humanizing, Rationality of the Other*

Fecha de recepción: 5-3-2012

Fecha de aceptación: 13-06-2012

1. INTRODUCCIÓN

En la democracia, la confianza en el correcto ejercicio de la actividad jurisdiccional, "*en el bienhechor de los magistrados*", es presupuesto indispensable para alcanzarse lo adecuado y necesario clima de pacificación social y convivir armónico entre sus conciudadanos.

* Juez Federal en Londrina (Paraná, Brasil). Doctor em Derecho por la Universidad Federal de Paraná.

Una sociedad que coloque en duda la: **"ecuanimidad, objetividad o rectitud de juicio de las personas encargadas de administrar justicia está destinada, irremediablemente, a sufrir continuas y graves tensiones que pueden incluso, en última instancia, poner en peligro la propia existencia democrática del Estado"**.¹

Por ello, la garantía de que el proceso será conducido por un juez ***imparcial***, o la necesidad de que el juzgador se sitúe como tercer que irá a valorar intereses ajenos, es de la ***esencia de la actividad jurisdiccional*** del Estado moderno.²

Gian Domenico Pisapia, tras tejer consideraciones sobre las diversas teorías que pretenden explicar la naturaleza de la jurisdicción, reconoce que hay un acuerdo generalizado entre los doctrinadores en el sentido de identificar entre sus características fundamentales a **"(...) indipendenza e la imparzialità (...)"**.³

No es por otra razón que la Cúpula Iberoamericana, preocupada en delinear lo que se podría denominar de el **'mejor juez posible'** para nuestras sociedades, aprobó un Código Modelo de Ética Judicial, en el cual el principio de la ***imparcialidad del juez*** dejó de ser solamente una ***regla jurídica*** prevista en legislaciones infra constitucionales, para ganar destaque de postulado ético fundamental de los pueblos iberoamericanos.⁴

La ***imparcialidad del juez***, consecuentemente, pasó a ser una de las nociones de garantía más difundidas en la Modernidad, como postulado de una concepción clásica iluminista.⁵

En verdad, tal lectura de la ***imparcialidad*** en esa perspectiva adviene desde John Locke, para quien los hombres, en el estado de la naturaleza, serían parciales por definición. Para él, Dios, con seguridad, había designado el gobierno para restringir la parcialidad

1 PICÓ I JUNOY, Joan. La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1998. p.17.

2 "In primo luogo, infatti, lo Stato moderno si è preoccupato di garantire l'imparzialità del giudice, e particolarmente la sua indipendenza rispetto agli altri poteri statuali" (PISAN, Mario. Giurisdizione penale. Enciclopedia del Diritto. v. XIX, Milano: Giuffrè Editore, 1970, (381-404), p.382.

3 PISAPIA, Gian Domenico. Cependio di procedura penal. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975. p.6.

4 CAPÍTULO II –Imparcialidad - ART. 9º.- La imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los procesables que deben ser tratados por igual y, luego, no ser discriminados a lo que se refiere al desarrollo de la función jurisdiccional.

5 "Desde luego, si afirmamos que la 'imparcialidad' constituye una de las garantías que debe reunir el 'proceso justo'". (VIAGAS BARTOLOMÉ. Plácido Fernández. El juez imparcial. Granada: Editorial Comares, 1997. p.19.).

de los hombres. Por ello el gobierno civil sería el remedio adecuado para las inconveniencias de los estados de la naturaleza.

Infelizmente, el postulado dogmático del *juez (im) parcial*, en su concepción clásica iluminista, es fruto de ultrapasadas y objetivamente criticables tendencias formalistas vinculadas al **pensamiento que presupone la existencia de un juez “eunuco” y totalmente “aséptico”**.

Esa visión de un juez disociado del contexto social, marginalizado de la sociedad, purificado de cualquier concepción ideológica, social, **cultural y psicológica**, suele denominarse de **“juez aséptico”, que, según J. A. G. Griffith, corresponde a la figura de alguien que “(...) cuando se dispone a juzgar, debe actuar como eunuco político, económico y social, desinteresado del mundo fuera del tribunal”**.⁶

La visión meramente formalista clásica iluminista crea una falsa ilusión con relación a ser humano juez.

El juez no es neutro y mucho menos imparcial, pues, de cierta forma, está vinculado a sus concepciones sociales, económicas, culturales, psicológicas e ideológicas, o sea, a su filosofía de vida. Es un ser histórico y fruto de su tiempo. Está sujeto a los poderes disciplinar y bio político diseminados periféricamente en un determinado momento histórico de la humanidad que sugestionan su subjetivación.

No siendo el juez neutro, mucho menos (im) parcial, se busca, en este trabajo, romper con esa visión meramente formalista clásica iluminista, sugiriéndose una nueva lectura para el principio de la *(im) parcialidad* del juez.

En la perspectiva ética humanística del proceso, se pretende sostener la figura del *juez positivamente parcial*.

El principio del *juez positivamente parcial*, que garantiza el reconocimiento de las diferencias sociales, económicas, culturales de las personas envueltas en la relación jurídica procesual penal y civil, tiene por fundamento la concepción filosófica de la **“racionalidad del otro”**.

La *parcialidad positiva del juez*, por lo tanto, es fruto de una racionalidad crítica que visa a romper con la totalidad del sistema

6 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder judiciário – crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 91.

vigente, con la clausura y delimitación de la vida a partir de la mera conservación del sistema.

El juez debe reconocer la exterioridad de las víctimas que se presenta transcendentamente en el proceso, para el efecto de introducir en el ámbito de la relación jurídica procesual una ética material direccionada para la producción, reproducción y desarrollo de la vida humana.

Por medio de la metáfora del "sueño" y del "tiempo diacrónico", es posible al juez libertarse de la dogmática de su "solipsismo", de su "subjetividad egoística", para alcanzar al "otro" que se encuentra en un ámbito transcendental, y, así, confirmar su responsabilidad ética pre ontológica en el campo de la relación jurídica procesual.

El juez no debe tematizar al *Otro* (víctima inferiorizada en la relación jurídica procesual), pero desarrollar un deseo metafísico de proferir una decisión *ecua y justa*, según su responsabilidad ética pre originaria a la totalidad del sistema ideológico jurídico dominante. Teniendo en vista esa responsabilidad ética pre originaria no **tematizada del "Otro", el método *analítico* antecede la propia *dialéctica* existente en el ámbito del proceso civil o penal, permitiendo, de esta forma, la apertura efectiva al "Otro" y, concomitantemente, la derrumbada del sistema y de la totalidad cerrada, para el fin de liberar el *Otro* negado en su dignidad.**

El desafío está lanzado, pero para que se puedan alcanzar los resultados deseados, hay necesidad de desvestirse de los preconceptos que nos impulsan para una postura reaccionaria y estática, como es natural del ser humano, no sólo como mecanismo de protección de sus bases ya alcanzadas, pero, principalmente, como defensa inconsciente delante de propuestas que visan a alzar nuevos vuelos en ese inagotable campo que es el conocimiento.

2. EL ROMPIMIENTO CON EL PENSAMIENTO IDEALISTA ILUMINISTA DE UN JUEZ 'EUNUCO' Y 'ASÉPTICO'

La figura del juez aséptico, resultado de la estructura burocrática europea (bonapartista), sugiere la *"inimputabilidad política de los jueces"*.⁷

Al inserirse el principio de la imparcialidad en una concepción ética meramente formal, en el sentido de construirse un 'juez aséptico', se eleva esa imagen pública un corolario sobrehumano o divino, lo que, en verdad, nada más significa de que un producto de

7 ZAFFARONI, E. R. Poder judiciário – crise, acertos e desacertos, "cit", p. 91

manipulación de la imaginación colectiva que pasa a asimilar y a exigir una conducta del juez en esa perspectiva.

Como a nadie es legítimo intitularse una divinidad, mucho menos por nombrar o representar del poder estatal, nadie puede asumir tal papel, pues, en el nivel individual, se manifiestan conflictos graves que pueden afectar la propia identidad, bien como conducir a **errores de conducta, tales como "moralismo exacerbado" de aquel** que se considera juez de la ética de todos los otros miembros de la **sociedad, la "omnipotencia" de quien se intitula "don Quijote"** y combatiente de todos los peores males y flagelos de la humanidad.⁸

Definitivamente, según Eugênio R. Zaffaroni, esta imagen no es más que un instrumento de dictadura ética formalista, "(...) condicionada por el proceso interaccionista, que nos explica la tendencia en asumir las actitudes que nos exigen conforme los estereotipos, y a corresponder **positivamente a ellos**".⁹

En verdad, sería utópico pretenderse que el juez no sea ciudadano, que no se vincule a determinada orden de ideas, que no comprenda el mundo según una visión nítidamente personalísima e individual.¹⁰

Benjamin Nathan Cardozo, ex Juez de la Suprema Corte Norteamericana, considerado por Roscoe Pound entre los diez mejores Jueces de la historia judicial americana, hace mucho observó que los jueces, en el momento de juzgar, no pueden escapar de las: **"(...) fuerzas que ellos no reconocen y que no pueden nombrar las que estén impulsadas continuamente – instintos heredados, creencias tradicionales, convicciones adquiridas (...)"**, o sea, ellos no pueden escapar de su filosofía, de su lógica, de sus conocimientos históricos, de su sentido jurídico.¹¹

Se puede intentar ver las cosas con la mayor objetividad posible; pero no se puede verlas con otros ojos excepto los nuestros propios.¹²

8 Ídem. *Ibidem.*, p. 160.

9 "La 'moralidad judicial' o 'dictadura ética' (en la versión doctrinaria más sofisticada, el 'tornar ético del derecho') es producto de este mecanismo". (Ídem. *Ibidem*, Loc. Cit.).

10 "No es posible imaginar un juez que no la tenga, simplemente porque no hay hombre que no la tenga, por pifia o errada que pueda ser juzgada. El 'juez eunuco político' de Griffith es realmente una ficción absurda, una imagen inconcebible, una imposibilidad antropológica". (Ídem. *Ibidem*, p. 92).

11 CARDOZO, Benjamin N. A natureza do processo e a evolução do direito. Trad. Leda Boechat Rodrigues. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943. p.13.

12 Ídem. *Ibidem*, p. 13.

Se puede reflejar sobre el principio de la imparcialidad del juez, pero sin olvidarse de la conocida enseñanza de Ortega y Gasset de que yo **soy yo y mi circunstancia**, en otras palabras, el juez es un ser humano delineado y configurado por su circunstancia. Esto significa decir que el juez debe tomar consciencia del mundo en el cual se sitúa, inseparable del complejo de los motivos sociales, económicos y tranpersonales que van además de la persona del autor y de la persona del reo por presuponer los modelos éticos de **Lenbenswelt**, de la vida colectiva.¹³ En suma: "Un juicio valorativo, como es el de la sentencia, no puede dejar de empeñar el juez como ser humano".¹⁴

No se puede imponer al juez, conforme afirma Plácido Fernández – Viagas Bartolomé, que permanezca en una urna de cristal o que sea tan insensible que no experimente reacciones mentales frente a los acontecimientos del mundo exterior.¹⁵

Por lo tanto, esa concepción ética de la **imparcialidad** del juez consubstanciada en la figura de un juez **eunuco social, político y cultural**, viene presentando señales de envejecimiento y estagnación, una vez que su construcción teórica está consolidada en un pensamiento liberal burgués del Siglo XVIII.

Por ello, hace tiempos el contenido ético hermenéutico del principio de la imparcialidad del juez viene mereciendo **una nueva lectura** según las exigencias y las circunstancias de una sociedad compleja y pluralista que se presenta al comienzo del Siglo XXI, con grandes diferencias sociales, económicas y culturales, principalmente en los países latino americanos y países de África y de Asia.

13 REALE, Miguel. La ética del juez en la cultura contemporánea. In Una nueva ética para el juez. Coord. José Renato Nalini, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.140.

14 "Además como el juez está inmerso en la **Lebenswelt**, y no puede dejar de ser partícipe en la vida común, en el acto de sentenciar, quiere él quiera quiere no, sufre una tensión ético psicológica que le viene de sí mismo, de lo que él siente y sabe por experiencia propia, y de los valores sociales que inciden sobre su personalidad. Yo me recuerdo, en este paso, a admirable contribución de los **analistas ingleses del Siglo XVIII, con la llamada "Moral de la simpatía"**. Uno de ellos, Adam Smith, uno de los fundadores de la ciencia económica, declara que el acto de juzgar es de los más difíciles porque presupone la capacidad de colocarse en la posición del otro. El juez debe ser imparcial, es cierto, pero el acierto de su decisión depende de la capacidad psicológica y digamos hasta amorosa de situarse **"simpáticamente" en la posición del otro, esto es, de las partes en litigio (...)**. La Ética y Moral en la Doctrina de la Simpatía (...) muestra que el secreto de la justicia está en colocarse en la posición del otro, o sea, que la neutralidad no consiste en ausentarse de las personas, huyendo de ellas, pero sí en colocarse **comprensivamente en la posición de ellas**". (Ídem. Ibídem, p. 140, 142 y 143).

15 VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., El juez imparcial, "cit", p. 143.

Delante de esa nueva realidad social, no hay más espacio para el utópico juez **aséptico o eunuco** tan deseado por el liberalismo burgués, y tan criticado por la sociedad moderna.

Y si la intención del Código Modelo de Ética Judicial Iberoamericano fue justamente recuperar la legitimidad social del Poder Judicial perdida a lo largo de la historia, bien como ir más allá de los resultados hasta entonces alcanzados por los otros textos normativos internacionales, es imprescindible la realización de una **nueva lectura** hermenéutica de lo denominado principio de la imparcialidad del juez, según las modernas arquitecturas sociales, económicas y culturales de los pueblos Iberoamericanos al inicio del Siglo XXI.

Esta nueva columna paradigmática de las bases del principio de la **imparcialidad del juez** debe romper con la ética meramente formal y abstracta proveniente del liberalismo burgués del Siglo XVIII, a fin de que pueda mantenerse actualizado por las insatisfacciones sociales de un Poder Judicial que, a pesar de su óptimo padrón estructural tecnológico, aún provee resultados ordinarios representativos de países periféricos victimizados por el orden globalizada, perversa e injusta.¹⁶

La necesidad de una nueva lectura del principio / directo / garantía de la (im) parcialidad tiene por supuesto el hecho de que al comienzo de un nuevo milenio, lo que se observa hasta entonces es un lamentable paradojo de la trayectoria humana a lo largo de la historia. Si por un lado la humanidad atingió nivel de progreso tecnológico y científico jamás visto anteriormente, por otro, se ve la exclusión de millones de seres humanos del proceso de evolución **social, convertidos en esclavos de la "lógica del consumo"**. En síntesis, se presencia una sociedad humana con inmensa dosis de **injusticia social / económica, y que reclama un "sentido substancial y material de igualdad"**.¹⁷

16 Dice la exposición de motivos del Código Iberoamericano en su ítem III: "A este respeto, corresponde advertir que la actual realidad de la autoridad política en general, y de la judicial en particular, exhibe una visible crisis de la legitimidad que implica para los que la ejercen el deber de procurar que la ciudadanía recupere la confianza en esas instituciones. La adopción de un Código de Ética implica un mensaje que los propios Poderes Judiciales envían a la sociedad, reconociendo la inquietud que provoca esa frágil legitimidad y el empeño en asumir voluntariamente un fuerte compromiso por la excelencia en la prestación del servicio de justicia".

17 "(...) un sentido de igualdad, cuanto a la naturaleza humana, el cual aunque rechace los 'igualitarismos', no compacte con grandes desigualdades a presentarse como impedimento a una vida digna a miembros de la referida sociedad". (GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 8).

El proceso penal o civil y la actividad jurisdiccional desarrollada por lo juez en su ámbito no están a salvo de esa paradoja.

Con base en el postulado de una nueva lectura de la (im) parcialidad del juez, se pretende introducir en el proceso penal y civil, para más allá de una racionalidad teórica instrumental, la realidad **como ella es, retirándose el "velo de la ignorancia" que cubre la** consciencia de los liberales para que pasen a ver las diferencias y desigualdades como efectivamente se presentan durante el transcurso de la relación jurídica procesual – dura y cruda.

La nueva lectura de la (im) parcialidad del juez deberá romper con eventuales posiciones apriorísticas ni siempre convergentes con el modelo contemporáneo de proceso, es decir: **"libre de los** conceptos que, difundidos doctrinariamente, denuncian posiciones apriorísticas ni siempre totalmente compatibles con el modelo real de la base de sustentación institucional del proceso (civil) y penal **vigente..."**.¹⁸

En verdad, según Giuseppe Bettiol, el conceptualismo es la tumba de la ciencia procesual.¹⁹

Hay necesidad de romperse con la perspectiva ética meramente formal y abstracta de la imparcialidad del juez.

Aquello que es propio del pensamiento abstracto que consiste **en la posibilidad de evocar "cosas" o eventuales realidades aun que** ausentes, difiere del pensamiento crítico, en el cual es necesario añadir la dialéctica, o sea, **"el pensamiento crítico parte de la** experiencia de que el mundo es complejo: el real no mantiene las condiciones de su existencia sino en una lucha, quiere ella sea **consciente, quiere inconsciente"**.²⁰

Con base en ese pensamiento crítico, ya se puede hacer una afirmación conclusiva preliminar de que el proceso y su sistematización son frutos no solamente de su contexto normativo, cuyas líneas maestras son dictadas por la Constitución o por un Código Modelo de Ética Judicial, pero, también, **"en un plano político integrado a todo sistema"**,²¹ pudiéndose, incluso, avanzar un poco más para decir que se encuentra integrado también por los planos

18 PRADO, Geraldo. Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 1999. p.3.

19 BETTIOL, Giuseppe. Istituzioni di diritto e procedura penal. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1966, p. 139.

20 MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa 1994, p. 21 e 22.

21 PRADO. G., Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais, "cit", p.4.

económico, social y cultural que constituyen una determinada orden comunitaria.

Al desconstruirse de cierta forma las estructuras dogmáticas hasta entonces formuladas en relación a la (im) parcialidad del juez, no se pretende lanzar la decisión judicial al examen subjetivista del magistrado, mucho menos colocar en riesgo los derechos y garantías fundamentales de los sujetos que componen la relación jurídica procesual, pero, sí, realzar los aspectos empíricos sociales, culturales, económicos que contrastan entre la llamada constitución escrita y la constitución real.²²

Es intuitivo que no se pretende permanecer en el campo de las teorías mecanicistas del hombre máquina o en la visión de que la actividad intelectual se da por proceso lógico matemático. No se **participa de una época en que la "muerte del hombre" es considerada** como un hecho consumado, una vez que el hombre concreto representaría el último obstáculo que impide el pensamiento teórico girar sobre sí mismo.²³

Se desea, en verdad, aflorar en el proceso la figura del ser humano vivo y concreto.

Evidentemente que esa línea de pensamiento discurre del concepto de ser la actividad jurisdiccional un fenómeno cultural, y, consecuentemente, vinculada a una determinada realidad y lenguaje histórico. Se rechaza cualquier postura exclusivamente idealista y formal.²⁴ Se evita el idealismo formal y universal que conduce a una

22 "Donde la constitución escrita no corresponder a la real, quiebra inevitablemente un conflicto que es imposible evitar y en el cual, más día menos día, la constitución escrita, la hoja de papel, sucumbirá necesariamente, frente a la constitución real, la **de las verdaderas fuerzas vitales del país**" (LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p.33). Ver también sobre el tema: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.

23 GUSDORF, Georges. *Pasado, presente y futuro de la investigación interdisciplinaria*. In *Interdisciplinarietà y ciencias humanas*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983. p.48.

24 "En su significado más común, el idealismo es una cadena del pensamiento filosófico que se opone al materialismo: la característica consiste en que, para un idealista, el principio fundamental de la explicación del mundo se encuentra en las ideas, idea o en el Espíritu, concebido como superior al mundo de la materia; este no es, en último análisis, sino el producto o el efecto del Espíritu que gobierna (...). La actitud de los juristas resulta de las nociones de derecho ser siempre presentadas y tratadas, en hechos, fuera de un contexto social preciso: el jurista no niega la existencia y el peso de las estructuras sociales, las subordina a su sistema de pensamiento. Estos mecanismos intelectuales conducen a resultados desoladores: los fenómenos, por veces los más evidentes, se pierden, mientras que las ideas se tornan el fundamento de la realidad (...). La vía idealista trae consigo una 'visión' del derecho aparentemente extremadamente banal, profundamente

perspectiva no histórica, destacándose poco a poco del contexto geográfico las ideas que fueron producidas.

El pensamiento idealista, según Michel Mialle, se torna un fenómeno en sí, alimentándose de su propia producción; los términos abstractos, como el de la imparcialidad del juez, se retiran de la sociedad que los produjo, sujetándose a la razón pura, a un universalismo abstracto y formal.²⁵

Es en esa postura idealista y formal que todavía se percibe y se comprende la (im) parcialidad del juez, y es contra esa manera clásica de pensarse que se proyecta en este trabajo un pensamiento crítico filosófico social y jurídico.

Reducir, atenuar, o mismo eliminar las desigualdades materiales existentes entre las personas durante el ejercicio de la actividad jurisdiccional, con los ojos direccionados para la realización material de los principios del ***debido proceso legal, contradictorio y amplia defensa***, es un deber del juez como partícipe de los objetivos fundamentales de las Repúblicas Democráticas, como la de Brasil, España, Italia, etc.²⁶

Se postula, sin embargo, una nueva lectura de la ***imparcialidad del juez*** que permita el efectivo y material alcance de los objetivos trazados por el constitucionalismo democrático social, que prescriba al juez, a través de medidas concretas y factibles, el reconocimiento de las diferencias y, al mismo tiempo, actúe según esas diferencias.

Se está frente del llamado ***principio de la parcialidad positiva del juez***, que preconiza una actuación jurisdiccional direccionada a la realización de los derechos fundamentales individuales y sociales previstos en las Constituciones democráticas modernas.

3. LA PARCIALIDAD POSITIVA DEL JUEZ COMO PRINCIPIO ÉTICO Y JURÍDICO ESTRUCTURAL DEL PODER JUDICIARIO

En la administración de la justicia competente una diversidad de bienes y de intereses fundamentales. Y para que la administración

orientada para la realidad" (MIAILLE, M., Introdução crítica ao direito, "cit", p. 50, 51 e 52).

25 Ibidem. p. 52.

26 Dice el artículo 3º, incisos I y III de la Constitución Federal brasileira: "Art. 3º. Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: I – Construir una sociedad libre, justa y solidaria; III – erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales". Y el Poder Judiciário, así como el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, es parte integrante de la República Federativa de Brasil, razón por la cual, en el ejercicio de su actividad fundamental, debe erradicar la pobreza y la marginalización, reduciendo las desigualdades sociales.

de la justicia realice su actividad con legitimidad y validez, deben ser observados los principios y reglas fundamentales previstos en las Constituciones democráticas, pues el sistema jurídico²⁷ del Estado Democrático de Derecho es un sistema normativo abierto de reglas y principios.²⁸

Delante de ese sistema abierto de principios y reglas jurídicas, sería oportuno indagar: ***¿Cuál es la naturaleza jurídica de la parcialidad positiva del juez?***

El ***proceso público con todas las garantías***, además de justificar el ***derecho fundamental al juez imparcial***, también es fuente normativa del ***principio de la imparcialidad del juez***, en su perspectiva de la ***parcialidad positiva del juez***; en otras palabras, el principio de la imparcialidad del juez es caracterizado también como un ***subprincipio*** compactador del ***Principio Democrático*** en el ámbito del ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Se puede afirmar, entretanto, que la ***imparcialidad*** es la esencia del ***justo proceso penal o civil*** que condiciona como y no sólo quien dicta la resolución judicial.

La imparcialidad del juez al mismo tiempo en que se configura como un derecho fundamental del acusado o de la parte, también se caracteriza por ser un ***principio estructural y regulador de la función jurisdiccional***.

Se trata de “(...) una garantía fundamental de la Administración de Justicia para garantizar la supremacía del Derecho en sus ***decisiones***”.²⁹

La imparcialidad presenta esa doble característica: ***derecho fundamental que legitima las reglas jurídicas de impedimento y***

27 “(...) siempre que nos deparamos con una verdadera orden jurídica y que debemos dominarla mentalmente, la idea de sistema es irrenunciable (...)”. (FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001. p.21).

28 “Este punto de partida carece de ‘descodificación’: 1) – es un sistema jurídico porque, (...) es un sistema dinámico de normas; 2) – es un sistema abierto porque tiene una estructura dialógica, (Caliess) traducida en la disponibilidad y ‘capacidad de aprendizaje’ de las normas constitucionales para captar la mudanza de la realidad y estar abiertas a las concepciones cambiantes de la ‘verdad’ y de la ‘justicia’; 3) – es un sistema normativo, porque la estructuración de las expectativas referentes a valores, programas, funciones y personas, es hecha a través de normas; 4) – es un sistema de reglas y de principios, pues las normas del sistema tanto pueden revelarse bajo la forma de principios como bajo su forma de reglas”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p.1.159).

29 ORTIZ, Maria Isabel Valldecabres. Imparcialidad del juez y medios de comunicación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p.28.

sospechas del juez y principio general democrático constitucional informativo del Poder Judicial.

Es ***principio***, pues es soporte estructural y fundamental del ordenamiento jurídico; es ***general***, una vez que dice respeto a todo ordenamiento jurídico, trascendiendo preceptos jurídicos particularizados; es de ***derecho***, porque tiene aplicación en el mundo jurídico y no es criterio o regla moral o de buen comportamiento, no obstante también en esas esferas de relaciones humanas deba ser llevada en consideración.³⁰

Como ***derecho fundamental***, la imparcialidad impone al Poder Judicial cánones informadores de toda su actividad, alejando el juez sospechoso o impedido. Como derecho fundamental, la imparcialidad legitima las ***reglas jurídicas*** previstas en las normas infra constitucionales; por su vez, como ***principio constitucional de estructuración democrática del Poder Judicial***, se impone con especial fuerza normativa y vinculante en los ordenamientos jurídicos democráticos.³¹

Se resalte que la lectura de la ***imparcialidad*** como principio normativo del Poder Judicial, según la perspectiva de este trabajo, debe ser realizada en dos vertientes, esto es, la ***vertiente negativa***, en el cual se reclama un derecho a un proceso en que se presente un juzgador que no tenga cualquier inclinación para la denominada ***parcialidad negativa*** (sospechoso o impedido), y la otra ***vertiente de carácter positivo***, en la cual se exige del juez, delante de las ***barreras externas*** existentes (sociológica, cultural, económica), el reconocimiento en el transcurso y en el desarrollo de la relación jurídica procesual de esas diferencias, o sea, la exigencia de un comportamiento ético material del magistrado con base en la denominada ***parcialidad positiva del juez***.

La ***parcialidad positiva*** discurre no de la ***regla jurídica*** consubstanciada en el derecho fundamental del juez imparcial, pero, sí, del ***principio de estructuración democrática*** del Poder Judicial, o sea, de la aplicación de los fundamentos de las Repúblicas Democráticas Iberoamericanas. Se trata de un "mandato de optimización", o sea, puede ser cumplido de diferentes grados y que la medida de su cumplimiento depende de las ***condiciones reales y jurídicas***. Al revés, la ***parcialidad negativa*** como ***regla jurídica*** es norma que solamente puede ser cumplida o no.

30 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramon. Curso de direito administrativo. Tradução Arnaldo Setti, São Paulo: RT, 1991, p.83.

31 MELO RIBEIRO, Maria Teresa de. O princípio da imparcialidade da administração pública. Coimbra: Almedina, 1996. p. 90.

Solamente con el reconocimiento por el juez de las grandes barreras externas al proceso es que el principio democrático en el ámbito de la relación jurídica procesual será concretizado.

Las grandes barreras del proceso penal o civil son aquellas que advienen de fuera y que se yerguen como muros de contención al **justo proceso**.

Entre esas barreras, **la pobreza**, por ejemplo, se caracteriza como el tendón de Aquiles de cualquier ciencia procesual que tenga por objetivo la factibilidad de resultado **ecuo y justo**.

Incluso las naciones del llamado sistema mundo dominante reconocen que la pobreza es el mayor obstáculo para conseguirse el justo desarrollo de un proceso jurisdiccional.³²

Al tratarse del proceso penal o civil y de la actividad jurisdiccional en él desarrollada, se debe abordar la cuestión vital “de la pobreza”, y hacerse referencia a los paliativos en uso que originariamente suelen denominar de “beneficio de pobreza”, o mejor, “asistencia judicial gratuita” (eufemismo: ¿qué beneficio puede dar la pobreza en una sociedad de consumo y de la cultura de satisfacción?). En verdad, se trata de epidérmicas o presumidas compensaciones (Francesco Carnelutti), que en la perspectiva de eximir de los gastos algunos sujetos de la relación jurídica procesual, buscan vincular situaciones intrínsecamente desiguales, de quien no puede elegir su abogado, mucho menos asumir el proceso en condiciones ideales o con mejores posibilidades por causa de insuficiencia de recursos.³³

La pobreza no es mera ficción, sino efecto de la desigualdad económica, social, cultural y racial, principalmente en el ámbito de los países ubicados en la periferia mundial.

Es por eso que la Comunidad Económica Europea, en sus consideraciones sobre la esencia y el desarrollo de medidas concretas sobre la cuestión de la pobreza, a fin de facilitar el acceso a la Justicia, fijó el entendimiento de que el acceso, así como el derecho a **una justa audiencia** – garantizado por el art. 6º de la Convención Europea de los Derechos Humanos (1950), son factores esenciales de toda sociedad democrática.³⁴

El sistema, en verdad, no funciona para “el hombre común” (Gelsi Bidart). El ciudadano, en general, o bien tiene una justicia (su

32 MORELLO, Augusto. El proceso justo. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1994. Ibídem. p. 242.

33 Ibídem, p. 621 e 622.

34 Ibídem. p. 242 e 243.

defensa) de segunda categoría o simplemente no cuenta con la posibilidad de acceso a la jurisdicción, ni a otras opciones alternativas, si es que ellas efectivamente existen. Cualquier intento de análisis del tema, pragmáticamente, demuestra que un aspecto es la posibilidad de valerse del debido proceso legal adjetivo para los ricos, y otra para aquel, que de hecho, envuelto en su pobreza, quiere usar la vestimenta de litigante. El resto todo no pasa de simple retórica. Es por eso que se exige para la resolución de los conflictos una urgente y desesperada mudanza fundamental y suficiente, que vaya más allá de lo que actualmente se viene ofreciendo, a fin de que la jurisdicción sea una actividad **efectivamente igualitaria**.³⁵

Lo que se percibe, actualmente, principalmente en el pensamiento de la gran masa carece de atención social y estatal, es que los actuales mecanismos procesuales sólo funcionan para algunos pocos. En la realidad: *"Hay una atmósfera de desconfianza, de enojo, con lo que se proclama y ofrece, por los profesionales del derecho, porque así no tiene destino, no sirve, es insuficiente. Una fachada que oculta el muy diferente rostro de la realidad, sin logros de superación, porque en los hechos no atinamos sino a brindar más de lo mismo. La única verdad es la que los pobres pierden siempre"*.³⁶

Es por eso que se indaga siempre: *"¿Quién se defenderá cuando de hecho no puede hacerlo con igualdad de armas? ¿No está ya vencido, antes de estructurarse un litigio que, en tales condiciones, sólo será aparente y que aunque formalmente se colorea como tal, en lo que es sustancial o materialmente exigido por la Constitución, termina en un fallo contrario a sus normas fundamentales?"*³⁷

No basta solamente proclamarse el derecho a **un proceso público con todas las garantías**. Se exige un desafío mucho más elocuente, o sea, la derrumbada de las barricadas, especialmente las sociales y económicas, consistentes en factores de desigualdades reales de las partes en la relación jurídica procesual. Sin eso, para muchos el camino para justicia permanecerá intransitable.

Las barreras exógenas son verdaderas "arbitrariedades externas", cuya irrazonable incidencia produce los mismos resultados que la "arbitrariedad en la motivación de las sentencias", que es una grave irracionalidad interna del proceso.³⁸

Conforme preconiza Augusto Morello, todo eso nos propone al desafío del redescubrimiento de las pautas fundamentales que dan

35 Ibídem. p. 614.

36 Ibídem. p. 616.

37 Ibídem. p. 450.

38 Ibídem. p. 264.

sustentación al justo proceso. Se postula la retirada de esa máscara (formal) que disfraza, pero que también, paradójicamente, deja al **descubierto "la indefensión sustancial", encapsulada en la viva realidad del proceso penal o civil, y que no se conforma con el sentimiento de justicia.**³⁹

Se deben observar las cosas concernientes a la jurisdicción **"(...) con los ojos del que está necesitado de que se le haga justicia en su concreto reclamo".**⁴⁰

Segundo Augusto Morello: "No intentamos, obviamente, allegar respuestas políticas a todos los males de la sociedad, ni hacer de Quijote o Robin Hood para enmendar las situaciones con las que nos **topamos a diario y que, de una u otra manera, "perturban" en grados cada vez más intensos el sentido global del servicio por la generalización y la hondura de las discriminaciones. De lo que se trata - nos parece - es de reformular la manera de organizar la "empresa" de la justicia** - que siempre se ha encarado desde un exclusivo matiz de técnica formal - lo que reputamos erróneo y parcial porque no permite alcanzar un deseado sinceramiento en la comprensión del debido proceso justo, que no tolera ya el infértil y simplificador paradigma que lo reduce al constante empeño de **"idealizarlo" en las normas constitucionales. En verdad nos consta del modo más fehaciente que sus predicados rectores, desde el afianzar la justicia para muchos - una gran mayoría - son inaccesibles o prácticamente imposible de hacerlos medianamente ciertos en el derecho vivido (Ortega y Gasset)".**⁴¹

Aunque no sea el proceso ontológicamente un medio en sí de **"promoción" de justicia social, se puede decir que el proceso, con sus costos humanos y económicos y con sus consecuencias, "(...) offre infatti un terreno particolarmente idoneo a divenire, a seconda dei casi, un amplificatore di quei condizionamenti, ovvero un, sia pur indiretto, fattore di eguaglianza 'sostanziale'.**⁴²

Es por eso que se propone el principio de la **"parcialidad positiva" del juez** como forma de transponerse a las barreras externas del proceso, en pro de una actividad jurisdiccional justa y ecuánime.

39 Ibídem. p. 609.

40 Ibídem. p. 610.

41 Ibídem. p. 610.

42 CHIAVARIO, Mario. Processo e garanzie della persona - le garanzie fondamentali. 3.ed. v. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 371 e 372.

4. DEL FUNDAMENTO “ÉTICO MATERIAL” DEL PRINCIPIO DE LA PARCIALIDAD POSITIVA DEL JUEZ

Observándose el ítem III de la exposición de motivos del Código Iberoamericano de Ética Judicial, se verifica que “la **ética judicial** incluye los deberes jurídicos que se refieren a las conductas más significativas para la vida social, pero también pretende que su cumplimiento responda a una aceptación de los mismos por su valor intrínseco, esto es, basada en razones morales; también, completa estos deberes con otros que pueden parecer menos determinantes, pero que contribuyen para definir la excelencia judicial”.

Así, según el Código Modelo, la base de sustentación de los principios ordenadores de la conducta del juez, entre ellos la **imparcialidad**, tiene por fundamento el **contenido ético** y también **razones morales**.

Pero, al principio, la exposición de motivos, al hacer referencia al contenido ético o razones morales de los principios direccionadores de la perspectiva deontológica de la conducta del juez, no indica, claramente, cual la directriz **ética normativa** que se debe seguir, una vez que en el ámbito filosófico hay innumerables concepciones sobre la **ética**, como “**ciencia normativa**” de conducta humana.

La ética, como ciencia normativa, no se satisface con la mera descripción del comportamiento del ser humano, esto es, no satisfacerse con la simple afirmación de que el juez debe ser **imparcial**. Usualmente, se aspira que el comportamiento humano **siga determinadas directrices** consideradas necesarias a su perfeccionamiento.

Por eso, la opción por una dada concepción ética puede hacer toda la diferencia cuanto a las directrices que se pretenda imponer en relación al comportamiento del juez.

De inicio, se refuta toda concepción ética formal, sin cualquier contenido material, una vez que no es suficiente para atender a las aspiraciones de una sociedad compleja y pluralista que vivimos actualmente.

Así, para postularse una **nueva lectura** al principio de la imparcialidad del juez, se necesita transitar por las concepciones éticas de contenido material, o sea, un contenido ético que adelante las fronteras geográficas de los países iberoamericanos, hasta mismas para que se pueda legitimar la existencia de un Código Modelo unificador de perspectivas convergentes.

Entre las concepciones éticas materiales, hay la teoría de la ***eudaimonia griega***, que es considerada una típica ética ontológica material.⁴³ Con todo, la teoría de la ***eudaimonia o el "bien humano"*** (que es la actualidad alcanzada según el modo habitual de vivir auténticamente en el mundo), formulada por Aristóteles, no puede superar su condición histórica, y, sobre todo, la falta de una consciencia crítica cuanto a su heleno centrismo, una vez que Aristóteles, a partir de un ***ethos*** esclavista, analiza en última análisis la ***eudaimonia como contemplación divina en el "ocio"***.⁴⁴ Esta suprema "vida buena" solamente podría ser vivida en las ciudades griegas por los hombres libres, excluyéndose los bárbaros, asiáticos o los esclavos, los cuales no eran considerados humanos. Por lo tanto, la ***ética Aristotélica vinculada a la "vida buena"*** sería una ética restrictiva y particularista, estrictamente regional.⁴⁵

Se podría pensar en la ética de Tomás de Aquino, que es una ética de carácter comunitario, donde ***"(...) el ser humano alcanza su plena realización (beatitudo) en el bien común"***. Con todo, la ética de los filósofos medievales vinculados a ***beatitudo*** (la ***eudaimonia aristotélica***) consistía objetivamente en bienes, o sea, en última análisis en el propio Dios como persona, como aquello de que se participa en el Reino de Dios. Esto es específico de las éticas materiales, ingenuas, no críticas, regionalistas.⁴⁶

En la modernidad, Hegel propone un concepto de ***ethos*** cultural histórico universal al cual todas las éticas materiales actuales no pueden dejar de referirse. Al contrario de los filósofos pre modernos, Hegel tiene clara consciencia de la historia mundial, ***"(...) pero la interpreta euro céntricamente; se trata de una pésima solución del universalismo material en ética"***.⁴⁷

Karl Marx y Friedrich Engels, al asumir la dialéctica en un sentido materialista, mantuvieron la convicción hegeliana de la existencia de estructuras y tendencias supra-individuales y dinámicas en la evolución histórica, descartando, con todo, cualquier convicción de fe en un poder espiritual independiente, que actuaría en la

43 "Filosóficamente se entiende por 'eudemonismo' toda tendencia ética según la cual la felicidad (véase) es el sumo bien. La felicidad puede entenderse de muchas maneras: puede consistir en 'bienestar', en 'placer', en 'actividad contemplativa', etc. (...) Es costumbre desde Kant llamar a este tipo de ética 'ética material', a diferencia de la 'ética formal', elaborada y defendida por Kant". (MORA, José Ferrater. Diccionario de filosofía. Tomo I (A-K). Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1969. p.600).

44 DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 125.

45 Ibídem. Loc. Cit.

46 Ibídem. p. 125 e 126.

47 Ibídem. Loc. Cit.

historia. En la opinión de ellos, la historia no tiene fundamento, y nada es expreso en ella que pueda ser interpretado como sentido continuo, como poder homogéneo. La confianza en ese sentido ideal absoluto es solamente un accesorio de falsa filosofía idealista. En verdad: **"(...) el pensamiento y, por consiguiente, también los conceptos y las ideas son atributos funcionales del hombre y no una fuerza independiente. En la historia no hay una idea continua, direccionada para sí misma, pues no existe un espíritu independiente del hombre. Los hombres con su consciencia son transitorios, a pesar de todo su saber, su memoria, su tradición y espontaneidad, su cultura y su espíritu; nada existe que no nazca y muera".**⁴⁸

Sea como fuera, conforme asevera Enrique Dussel, **"(...) es a Hegel que se debe el intento de recuperar la historia de las etnicidades como el lugar donde se vive de hecho la vida práctica".**⁴⁹

Pero, para que se pueda propugnar por una ética material universal, más radical, se debe adelantar las denominadas éticas materiales regionales, que se basan en una totalidad dominadora heleno centrista, sin reconocer la exterioridad de las víctimas de un determinado sistema ideológico monopolizador.

Transportándose esa crítica filosófica para el comportamiento del magistrado, se recomienda una conducta ética del juez en la relación jurídica procesual de tal manera que él venga a reconocer la efectiva existencia de víctimas de un sistema totalizador, y que, a partir de estas víctimas, pueda promover una racionalidad práctica que configure un resultado **justo y ecuo** de su actividad jurisdiccional.

Y para ello, el Código Modelo de Ética Judicial, al tratar del principio de la imparcialidad del juez, debe ser interpretado a la luz de esa perspectiva, o sea, visando a una ética material universal que, al revés de las éticas materiales regionales, tenga por fundamento el reconocimiento concreto de la existencia de barreras exteriores al proceso impeditivas de la concretización de una actividad jurisdiccional **ecuo y justo**. Esas barreras pueden ser del orden económico, social o hasta mismo cultural, como es el caso de la(o) (mujer sometida por el hombre; niño sometido por el adulto; negro sometido por una política discriminatoria; pobre sometido por el poder económico; indio sometido por la civilización moderna, etc.).

En verdad, para realizarse una nueva lectura de la imparcialidad del juez con fundamento en una ética de contenido

48 HORKHEIMER, Max. Teoria Crítica. Tomo I. São Paulo: Perspectiva S.A., 2003. p.17.

49 "Hegel se mantiene muy unido a lo concreto; y lo concreto, para él, es la vida de los pueblos, el espíritu del Judaísmo y del Cristianismo". (HYPPOLITE Jean. Introdução à filosofia de Hegel. Lisboa: Edições 70, 1983. p.12).

material, conforme cierta vez advirtió Pietro Barcellona, **"bastaría con que el jurista se limitase a salir del círculo mágico de sus fórmulas abstractas, del cerrado horizonte de las normas, y afrontase directamente el problema de los contenidos materiales de la justicia. Pero actuando de esta forma, está claro, debería renunciar a la aparente esterilidad axiológica de sus construcciones, a la indiferencia ante los valores, a la neutralidad frente a los conflictos. Debería sumergirse en la política, en la ética, en la práctica"**.⁵⁰

Y esa ética material universal que debe servir de presupuesto deontológico para el juez ejercer su actividad jurisdiccional encuentra su base de sustentación en el criterio o principio también universal de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana, o sea, en la propia dignidad del ser humano.

Enrique Dussel pretendió derivar de la constatación antropológica de que el ser humano es el único ser viviente responsable por su propia vida **"(...) la obligación universal de producir, reproducir y desarrollar la vida humana concreta de cada sujeto ético en comunidad"**.⁵¹ Este principio se caracteriza por ser un principio a priori universal y también fundamental, todavía que no suficiente, para la construcción de una ética de reconocimiento de la exteriorización, esto es, **"(...) de una ética que intenta justificar filosóficamente las luchas de los oprimidos"**.⁵²

Se trata del criterio que tiene por objeto producir, reproducir y desarrollar la vida humana concreta de cada sujeto ético en comunidad. Según Enrique Dussel, este criterio sirve de fundamentación a un principio que, por su vez, tendrá pretensión de universalidad, realizándose a través de las culturas y de los valores a ser perseguidos.⁵³

Luego, **"(...) toda norma, acción, micro estructura, institución o etnicidad cultural tiene siempre y necesariamente como contenido último algún momento de la producción, reproducción y desarrollo de la vida humana en concreto"**.⁵⁴

La Ética de la concreción es la ética moderna, esto es: **"La ética de nuestro tiempo es una Ética existencial, que pone sobre todo la**

50 BARCELLONA, Pietro; HART, Dieter; MÜCKENBERGER, Ulrich. La formación del jurista – capitalismo monopolístico y cultura jurídica. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1993. p.44.

51 COROMINAS, Jordi. Ética primera – aportación de x. zubiri al debate ético contemporáneo. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, S.A., 2000. p. 74.

52 Ibídem. Loc. Cit.

53 DUSSEL, E., *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão.*, "cit.", p. 93.

54 Ibídem. Loc. Cit.

persona humana, no como abstracción, a la manera de Boécio, pero como una concreción **vital, como valor fuente de los otros valores**".⁵⁵

Es con base en el criterio material (vida humana concreta) que se deben subsumir los otros aspectos materiales (como los valores, la lógica de las pulsiones, el principio de la imparcialidad etc.). Ese criterio material igualmente permite fundamentar o desarrollar un principio ético universal, supra cultural.⁵⁶

Además, ese criterio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana no es algo a ser imputado a la consciencia humana, a un cierto **"consciencialismo" moderno que hace perder el sentido de la corporalidad orgánica de la existencia ética**.⁵⁷ El criterio tiene respaldo en los estudios empíricos de la biología cerebral que nos permite recuperar la dimensión de la corporalidad. Enrique Dussel se ampara, entre otros, en las concepciones introducidas a la biología por Humberto R. Maturana y Francisco J. Varela para estructurar su criterio ético fundamental, pues el cerebro **"(...) es el órgano directamente responsable por el "continuar viviendo", como reproducción y desarrollo de la vida humana del organismo, de la corporalidad comunitaria e histórica del sujeto**".⁵⁸

Se aplica igualmente ese criterio ético de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana en las más variadas ciencias sociales, incluso en la política, en la economía, en el derecho

55 REALE, M., A ética do juiz na cultura contemporânea, "cit.", p. 146.

56 "De hecho, no hay 'un horizonte último común' cultural, pero hay un principio material universal interno a cada una y a todas las culturas, y esto Taylor no ve. No es un 'horizonte'; es un modo de realidad: la propia vida humana". (DUSSEL, E., Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão, "cit.", p. 122).

57 Ibídem. p. 95.

58 "En otras palabras, el proceso de categorización exige, para constituir su objeto (llamamos aquí 'objeto' la síntesis que el cerebro construye y que no es ni una representación ni una imagen, como pensaba la tradición), un 'pasaje' por el sistema 'evaluativo afectivo' (constituido esencialmente por el sistema límbico y la base del cerebro como ya dijimos; siendo algunos de sus órganos el hipotálamo, la amígdala, el hipocampo y el tálamo, que da 'luz verde' (o 'luz roja') al consecuente proceso categorizado. ¿Cuál es la causa de tener que hacer ese 'rodeo' por el sistema afectivo evaluativo? Se trata nada menos que de 'determinar', 'constatar', 'juzgar' la manera o él como el categorizado 'permite' o 'se opone' a la consecución y crecimiento de la vida del organismo, de la corporalidad como totalidad y de la cual el propio cerebro es solamente una parte funcional. El cerebro humano posee este criterio como 'criterio de verdad' fundamental. Cuando un insecto o un mamífero percibe por estímulo otro animal, por ejemplo, debe 'captarlo evaluándolo' como 'peligroso' o como 'mediación' para la supervivencia del organismo en cuestión (debe captar la diferencia entre un 'enemigo' o un 'alimento', por ejemplo. Si no tuviese esta capacidad evaluativa moriría el individuo, y si todos la hubiesen perdido desaparecería como especie. Es cuestión de vida o muerte. Positivamente 'valioso' (la norma o máxima que es juzgada - por un juicio de hecho) - es lo que permite la reproducción de la vida." (Ídem. Ibídem., p. 98).

y especialmente en el contenido ético de un Código Modelo Iberoamericano.

Si el actuar de la especie humana tiene el formato neuro cerebralmente en la preservación y desarrollo de la vida humana, tal perspectiva no es diferente en las relaciones sociales, como es el caso del derecho y de las reglamentaciones éticas de conducta, razón por la cual la actuación del juez deberá ser guiada por ese “criterio de verdad” práctica.

Se está delante, sin embargo, de un “criterio universal”, sin cualquier móvil egoística, inscrito de forma instintiva o culturalmente en la propia “afectividad” cerebral.

Según Humberto R. Maturana, ahora para transponer todo el criterio material de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana para el campo social, específicamente, para un código de conducta ética, el último nivel del desarrollo puede ser denominado ético, más precisamente, entre las relaciones del medio lingüístico entre organismo en comunidad que consiguieron, por la consciencia reflexiva, expreso conocimiento de autonomía y libertad delante al Otro, como **otro** sujeto ético. Así, la aceptación del otro, en el convivio, es el fundamento biológico del fenómeno social. Se trata, según dicen Humberto R. Maturana y Francisco J. Varela: “(...) del acto de salir de lo que hasta este momento era invisible o inamovible, lo que permite ver que como seres humanos sólo tenemos el mundo que creamos con los otros. Este acto de ampliar nuestro dominio cognitivo – implicante de una nueva experiencia – se llega por medio de un razonamiento que reconoce al otro. En verdad, el reconocimiento del otro junto a nosotros corresponde a fundamento biológico del fenómeno social. Cualquier cosa que destruya o limite la aceptación del otro, desde la competición hasta la pose de la verdad, pasando por la seguridad ideológica, destruye o limita el suceso del **fenómeno social**”.⁵⁹

Ese criterio material sobre el cual se fundamenta la ética, **producción, reproducción y desarrollo de la vida humana**, es universal, no solipsista, pero comunitario. Dice respeto a una comunidad de vida, de una comunidad de vida iberoamericana.

Si la humanidad perdiese esa consciencia del “Otro”, delante de su miseria, de su impotencia social, económica y cultural, podría precipitarse en un suicidio colectivo.

59 MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. A árvore do conhecimento – as bases biológicas da compreensão humana. Trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin. 3.ed. São Paulo: Palas Athena, 2003. p. 270.

El reconocimiento del "Otro", como forma de producción, reproducción de desarrollo de la vida humana, se transforma de un *criterio de verdad práctica* en una exigencia ética: *en el deber reconocer*.⁶⁰

El Poder Judicial, como instrumento de esa Ética existencial de perspectiva universal, pues es una *institución* que también actúa mediante principios éticos regulados en un Código Modelo Iberoamericano, debe pautar su *acción práctica racional*, en el momento de realizar su actividad básica y esencial, según el principio material universal de *producción, reproducción y desarrollo de la vida humana*. Para tanto, debe (principio ético) reconocer las *desigualdades sociales, económicas y culturales* que puedan existir en el ámbito de la relación jurídica procesual, y que de alguna manera puedan causar perjuicios al potencial de una solución *justa y ecuánime*. En otras palabras, el juez no puede permanecer inerte e insensible delante del "Otro" víctima potencial de un sistema social totalizador.

Esa perspectiva ética filosófica está expresamente consignada en el propio texto constitucional brasileiro, cuando afirma, en su artículo 1º, que la República Federativa de Brasil, de la cual hace parte el Poder Judicial, se constituye en un Estado Democrático de Derecho, y tiene como fundamento la *dignidad de la persona humana*, o sea, la *producción, reproducción y desarrollo de la vida humana*. Por su vez, el artículo 3º de esa misma Constitución Ciudadana establece que *constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil* (y el Poder Judicial hace parte integrante de esta República) la construcción de una *sociedad libre, justa y solidaria*, mediante la *erradicación de la pobreza y la marginalización*, conjugando esfuerzos en el sentido de *reducir las desigualdades sociales y regionales*. En otras palabras, el fundamento ético Constitucional del Poder Judicial brasileiro está consubstanciado en la *producción, reproducción y desarrollo de la vida humana*.

Y no es solamente la Constitución de la República Federativa de Brasil que permite esa nueva lectura de la imparcialidad del juez, pero también el propio Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial deja divulgar esa línea de pensamiento cuando dice en su artículo 11: "La imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los procesables que deben ser *tratados por igual* y, desde luego, no ser discriminados en lo que se refiere al desarrollo de la *función jurisdiccional*".

60 DUSSEL, E., Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão, "cit.", p. 141.

El artículo 11 del Código Modelo proporciona dos principios que, aunque se complementen, no se confunden: **la imparcialidad y la igualdad**.

Pero para que se pueda tratar los procesables por igual, es necesario que, en primer lugar, sean las diferencias reconocidas y evidenciadas, pues el principio de la igualdad tiene por definición: **"tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales"**.

Frente a esa diferenciación conceptual entre la igualdad e imparcialidad, se renueva la afirmación de que el artículo 11 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, al mismo tiempo en que establece una **norma ética de acción** para el juez, también establece una **norma ética de relación**. Y para que el juez pueda aplicar la **norma ética de relación**, igualando a las partes en el ámbito de la relación jurídica procesual, primeramente debe reconocer las **diferencias sociales, económicas y culturales** de las personas envueltas en el proceso, a fin de que, por medio de **tertium comparationis**, realice un juicio común de igualdad.

En verdad, el artículo 11 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial rompe con la caricatura de un **juez aséptico el eunuco político y social**, pues al mismo tiempo en que preconiza una norma de acción (imparcialidad), también recomienda una norma de relación (tratar igualmente a los iguales **y desigualmente a los desiguales**).

Delante a esta convergencia de principios, el artículo 11 del Código Modelo permitió una nueva lectura del principio de la imparcialidad del juez, o sea, desmembró este principio en dos perspectivas fundamentales: **parcialidad positiva y parcialidad negativa del juez**.

La **"parcialidad positiva"** del juez tiene por finalidad el efectivizar materialmente los principios fundamentales previstos en las constituciones democráticas y sociales, los cuales direccionan la **aplicación de la "parcialidad positiva" según los valores y los fines** consignados en los textos constitucionales, prescribiendo, aún, que el magistrado considere en su actividad jurisdiccional los aspectos sociales, económicos y culturales de las partes envueltas en el proceso, como forma de reducirse la marginalización y los efectos negativos de esas diferencias, y como medio de **producir, reproducir y desarrollar la vida humana**.

Se trata, desde luego, de la realización pragmática en el ámbito del Poder Judicial del constitucionalismo social de las Constituciones democráticas.

La naturaleza positivista del principio de la imparcialidad es resultado de esa síntesis axiológica de un determinado complejo normativo **"principio lógico" previsto en las Constituciones sociales** demócratas, en otras palabras, el principio de la imparcialidad no es un fin en sí mismo, pero es estructurado apoyándose mutuamente en los otros principios consagrados por los textos constitucionales o por el Código de Ética Modelo, entre ellas, aquellos que establecen los objetivos fundamentales de la República Federativa, como la de Brasil, que determinan la actuación de todas las instituciones que la componen visando la construcción de una **sociedad libre, justa y solidaria, y la erradicación de la pobreza, marginalización, reduciendo las desigualdades sociales y regionales.**

Los principios jurídicos fundamentales, en verdad, presentan una doble función: negativa, pues prohíben determinado comportamiento y, otra, positiva, porque informan materialmente los actos de los poderes públicos. En relación a la imparcialidad, el componente negativo está caracterizado por la prohibición de que los jueces actúen en el proceso de forma a inclinarse en favor de determinada parte por interés personal u otro cualquier factor discriminatorio. Por su vez, la función positiva informa materialmente el actuar del magistrado, para que él lleve en consideración en el desarrollo válido y regular de la relación jurídica procesual los aspectos instrumentales necesarios para la construcción de una sociedad más **justa, solidaria, erradicándose la pobreza y las desigualdades sociales, económicas, culturales, etc.**⁶¹

Evidentemente que cuando la Constitución Federal preconiza principios constitucionales impositivos, impone la observación de sus **directrices a todos los "poderes estatales", incluso al Poder Judiciario** que no es algo a parte de esa estructuración política.

Si es deber de la República la construcción de una sociedad más justa, solidaria, erradicándose la pobreza y las desigualdades sociales, y siendo la actividad jurisdiccional una actividad proveniente de la República Federativa de Brasil, por ejemplo, no hay duda de que la **realización de esos fines y la ejecución de esas tareas** también han de ser desarrolladas en el ámbito del proceso civil o penal.

Por lo tanto, no se puede dejar de reconocer al principio de la imparcialidad naturaleza preceptiva y fuerza jurídica vinculante.⁶² El

61 Evidentemente que ese erradicar la pobreza de la relación jurídica procesual debe ser interpretado como siendo una perspectiva en que el magistrado reconozca las diferencias culturales, sociales y económicas, y actúe, instrumentalmente, según esas diferencias empíricas.

62 Para VIEIRA ANDRADE, el principio de la imparcialidad "(...) integra un precepto jurídico y no una mera disposición programática." (ANDRADE, José Vieira de. A

principio de la imparcialidad “(...) **es, en suma, una norma jurídica de aplicación directa e inmediata, por lo que deben ser consideradas inconstitucionales las normas que lo infrinjan e inconstitucionales, o ilegales, los comportamientos que lo violen**”.⁶³

El Estado Juez, entretanto, debe actuar de tal modo que todos los procesables Iberoamericanos tengan iguales posibilidades de llevar en adelante sus pretensiones. En esa perspectiva, el Estado Juez: “(...) **debe tratar desigualmente a sus ciudadanos, de modo que –después de la actuación del estado- todos ellos tengan iguales probabilidades de llevar a cabo su plan de vida. Puesto que el estado actúa en este caso me parece adecuado rebautizar a esta alternativa denominándola neutralidad positiva**”.⁶⁴

Y esa *neutralidad positiva* discurre del hecho de que los seres humanos no son iguales entre sí. Además, sus propios prenocios estructurales impiden que sean iguales entre sí. Para Max Weber, los hombres son desigualmente dotados del punto de vista físico, intelectual y moral. En verdad, hay una verdadera lotería genética en el punto de partida de la existencia humana: “(...) **los genes que recibimos dependen, en el sentido exacto del término, de un cálculo de probabilidades**”.⁶⁵

Según Fábio Konder Comparato, por mucho tiempo la justicia fue concebida *more geométrico*, como ente exclusivo de la razón, sin cualquier vínculo con la sensibilidad valorativa. Además, su representación simbólica se insiere en un personaje ciego, neutro, implacable e impasible. Con todo, “(...) **la verdadera justicia, muy al revés, es siempre parcialísima. Ella no se coaduna con equidistancias formales ni se contenta con equilibrio de circunstancias**”.⁶⁶

En verdad, la parcialidad positiva del juez nada más significa de que la propia humanización del proceso jurisdiccional.

Esa postulación humanitaria de una nueva lectura del principio de la (im) parcialidad reclama el efectivo reconocimiento de las diferencias existentes entre las personas, para que se pueda vislumbrar una decisión final *equitativa y justa*.

imparcialidade da administração como princípio constitucional, in Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, V. L, 1974, p.220).

63 MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p. 95 e 96.

64 FARRELL, Martin D. Algunas maneras de entender a la neutralidad. DOXA 15-16 (1994, p.183.

65 PENNA, Antonio Gomes. Uma nova ética para o juiz. Coordenação de José Renato Nalini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.30 e 31.

66 COMPARATO. Fábio Conder. Papel do jurista num mundo em crise de valores. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, (277-283), p. 283, março, 1985.